

Schaarse ontheffing. Wijziging van verdeelmechanisme. Nieuw beleid. Loting.

CBb 13-03-2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0415, m.nt. A. Drahmman

Instantie

College van Beroep voor het bedrijfsleven

Datum

13 maart 2012

Magistraten

Mrs. W.E. Doolaard, S.C. Stuldreher en H.S.J. Albers

Zaaknummer

AWB 11/676

Noot

A. Drahmman

LJN

BW0415

Vakgebied(en)

Bestuursrecht algemeen / Algemeen

Brondocumenten

ECLI:NL:CBB:2012:BW0415, Uitspraak, College van Beroep voor het bedrijfsleven, 13â€3â€2012

Wetgang

Winkeltijdenwet art. 3 lid 4; Awb art. 4:81

Essentie

Schaarse ontheffing. Wijziging van verdeelmechanisme. Nieuw beleid. Loting.

Samenvatting

Het College overweegt dat het verweerders in beginsel vrij staat om binnen de grenzen van vorengenoemde bevoegdheid beleid ter zake van de uitoefening van deze bevoegdheid te voeren of met betrekking tot deze bevoegdheid beleidsregels in de zin van artikel 4:81 Awb vast te stellen. Voorts staat het verweerders in beginsel vrij om binnen genoemde grenzen bestaand beleid te wijzigen en daartoe beleidsregels in vorengenoemde zin vast te stellen wanneer daarvan voorheen nog geen sprake was. Dit neemt niet weg dat verweerders bij het nemen van een beslissing op een aanvraag om ontheffing als hier in geding niet mogen handelen in strijd met de wet of de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel.

Verweerders stond voor ogen om de ontheffingen vanaf 1 oktober 2011 op basis van loting te verdelen. Introductie van een dergelijk verdeelmechanisme in plaats van het voorheen gehanteerde systeem van toewijzing op basis van volgorde van ontvangst van de aanvraag vergt dat de lotingsprocedure nader wordt uitgewerkt alvorens met dit nieuwe systeem gestart wordt. Nu de verleende ontheffingen tot 1 oktober 2011 golden bestond geen bijzondere haast bij die uitwerking met dien verstande dat vroeg binnenvallende aanvragen voor een ontheffing na die datum niet gehonoreerd konden worden. Op dergelijke aanvragen zou eerst besloten kunnen worden als het nieuwe verdeelmechanisme voor toepassing gereed was. Naar het oordeel van het College hebben verweerders met de aankondiging dat het verdeelmechanisme in die zin zou worden aangepast, een mededeling gedaan, die alleen maar zo kan worden verstaan, dat voorafgaand aan die loting geen honorering van aanvragen voor een ontheffing voor de periode na 1 oktober 2011 meer kon plaatsvinden. Een dergelijke honorering zou immers de introductie van het nieuwe verdeelmechanisme feitelijk onmogelijk maken. Dat betekent, dat – als een aanvrager ondanks uitleg toch aandringt op besluitvorming binnen korte termijn – verweerders er in redelijkheid voor kunnen kiezen de aanvraag af te wijzen.

Partij(en)

A, alle te Eindhoven, appellanten, gemachtigden: mr R.E. Wannink en mr. R.J. Boogers, beiden advocaat te Boxtel, tegen

Uitspraak

1. Het procesverloop

Appellanten hebben bij brief van 19 augustus 2011, ingekomen bij het College op dezelfde datum, beroep ingesteld tegen een besluit van 15 juli 2011, waarbij verweerders het bezwaar van appellanten tegen een besluit van 7 december 2010 ongegrond hebben verklaard. Dit beroep is geregistreerd onder nummer AWB 11/676.

Bij laatstgenoemd besluit hebben verweerders beslist op de aanvraag van appellanten om ontheffing te verlenen van het in artikel 2, eerste lid, van de Winkeltijdenwet (hierna: de Wet) neergelegde verbod om op zondag een winkel geopend te hebben ten behoeve van vier, door elk van hen afzonderlijk geëxploiteerde A-supermarkten in de gemeente Eindhoven. Daarbij hebben verweerders aan appellanten meegedeeld dat zij voor de periode 2011/2012 zijn uitgesloten van de loting door middel waarvan de beschikbare ontheffingen voor die periode worden verleend.

Bij besluit van 9 augustus 2011 hebben verweerders appellanten meegedeeld dat hun winkels voor de periode 2011/ 2012 zijn uitgesloten van deelname aan de loting als omschreven in de kort daarvoor door verweerders vastgestelde beleidsregels.

Hiertegen hebben appellanten bij brief van 19 augustus 2011 bezwaar gemaakt bij verweerders. Appellanten hebben verweerders daarbij op grond van artikel 7:1a van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep bij het College.

Bij brief van 24 augustus 2011 hebben verweerders dit bezwaarschrift doorgezonden aan het College met het verzoek dit als beroepschrift in behandeling te nemen. Het College heeft dit beroep afzonderlijk geregistreerd onder nummer AWB 11/693.

Verweerders hebben een verweerschrift ingediend en de op de zaak betrekking hebbende stukken toegezonden.

Op 18 januari 2012 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad. Appellanten werden vertegenwoordigd door gemachtigde mr. R.J. Boogers en verweerders door hun gemachtigde.

2. De beoordeling van het geschil

2.1.

In artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wet is bepaald dat het is verboden om op zondag een winkel voor het publiek geopend te hebben.

Ingevolge artikel 3, vierde lid, van de Wet kunnen burgemeester en wethouders ontheffing verlenen van dit verbod ten behoeve van winkels, die op zondag gesloten zijn tussen 00.00 en 16.00 uur en waar uitsluitend of hoofdzakelijk eet- en drinkwaren plegen te worden verkocht met uitzondering van sterke drank als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Drank- en Horecawet, indien de gemeenteraad hun daartoe bij verordening de bevoegdheid heeft verleend. De verordening bepaalt in ieder geval het aantal winkels waarvoor in de gemeente ontheffing kan worden verleend. Dit aantal kan ten hoogste één winkel per 15 000 inwoners van de gemeente zijn of, indien het inwonertal lager is dan 15 000, één winkel.

De gemeenteraad van Eindhoven heeft gebruik gemaakt van deze mogelijkheid door de vaststelling van artikel 5 van de Verordening winkeltijden (hierna: de Verordening). Daarin is vermeld dat verweerders op aanvraag ontheffing kunnen verlenen van het in artikel 2, eerste lid, onder a, van de Wet vervatte verbod en dat zij voor ten hoogste 13 winkels ontheffing kunnen verlenen.

2.2.

Appellanten hebben op grond van artikel 5 van de Verordening voor de periode 1 oktober 2010 tot 1 oktober 2011 ontheffingen gekregen voor de openstelling van hun supermarkten op zondag van 16.00 uur tot 22.00 uur. Verweerders hebben de voor deze periode beschikbare ontheffingen toegekend op basis van de volgorde van binnenkomst van de aanvragen, waarbij gold 'wie het eerst komt, die het eerst maalt'.

In een publicatie van de gemeente Eindhoven in het huis-aan-huis-blad Groot Eindhoven van 4 augustus 2010 is meegedeeld aan welke supermarkten ontheffingen voor de zondagavondopenstelling zijn verleend voor de periode van 1 oktober 2010 tot 1 oktober 2011. Daarbij is vermeld dat daarbij degenen die vorig jaar reeds een ontheffing hadden ontvangen, zijn uitgesloten. Voorts is meegedeeld dat per 2012 de procedure tot het verlenen van ontheffing voor de zondagavondopenstelling wordt gewijzigd. Deze wijziging is door een grote toename van de aanvragen voor een dergelijke ontheffing noodzakelijk om op een zo eerlijk mogelijke manier tegemoet te komen aan de aanvragen. Vanaf 2012 worden de ontheffingen daarom verleend door middel van een loting, aldus de publicatie. Dit betekent dat de aanvragen worden verzameld en dat de notaris vervolgens willekeurig elf aanvragen zal uitloten. Vermeld is ten slotte dat daarbij wederom de

(houders van) ontheffingen verleend in het voorafgaande jaar, worden uitgesloten van de loting.

Appellanten hebben bij brief van 21 mei 2010 aan verweerders gevraagd om de komende vijf jaar jaarlijks in aanmerking te worden gebracht voor een ontheffing voor de zondagavondenstelling van de onderhavige winkels; dus ook voor de jaren na afloop van vorengenoemde periode van 1 oktober 2010 tot 1 oktober 2011. Nadien hebben appellanten verweerders herhaaldelijk schriftelijk herinnerd aan deze aanvraag.

Naar aanleiding hiervan hebben verweerders appellanten bij brief van 7 december 2010 geïnformeerd dat per 2012 de procedure tot het verlenen van ontheffing zal worden gewijzigd en daarin de in vorengenoemde publicatie van 4 augustus 2010 verstrekte informatie over de nieuwe procedure opgenomen. In de brief hebben zij daaraan de conclusie verbonden dat dit inhoudt dat appellanten uitgesloten zijn van loting voor de periode 2011/ 2012. Bij het bestreden besluit van 15 juli 2011 hebben verweerders het hiertegen door appellanten gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Op 26 juli 2011 hebben verweerders de Beleidsregel openstelling Winkels op zon- en feestdagen vastgesteld (hierna: de Beleidsregel). De Beleidsregel is op 10 augustus 2011 gepubliceerd in vorengenoemd huis-aan-huis-blad.

In de Beleidsregel is de procedure vastgelegd op grond waarvan de verdeling van de ontheffingen (ten hoogste 11; de overige 2 zijn vergeven aan avondwinkels) plaatsvindt. Volgens artikel 7.1 wordt de volgorde door middel van een door een notaris te verrichten loting bepaald. Artikel 6.2 vermeldt dat ondernemers die voor het lopende jaar over een ontheffing beschikken, wat betreft de winkel waarvoor zij een ontheffing hebben, voor die betreffende winkel zijn uitgesloten van deelname aan de loting voor het daaropvolgende jaar. Uit artikel 4 en 5 blijkt dat een aanvraag tot deelname aan de loting bij verweerders kan worden ingediend. Volgens artikel 8.1 worden de ingelote ondernemers door verweerders binnen één week na de loting schriftelijk op de hoogte gesteld. De ingelote ondernemers worden, aldus artikel 8.2, in de gelegenheid gesteld binnen twee weken na verzenddatum van de brief bedoeld in artikel 8.1 een aanvraag om ontheffing in te dienen. Onder verwijzing naar diverse, niet nader aangeduide brieven van appellanten over de zondagopenstelling van winkels in de periode van 1 oktober 2011 tot 1 oktober 2012 hebben verweerders in hun brief aan appellanten van 9 augustus 2011 aangegeven dat zij ervan uitgaan dat appellanten daarmee hebben gevraagd om deelname aan de loting als bedoeld in de Beleidsregel, en meegedeeld dat hun winkels conform artikel 6.2 van de Beleidsregel van deelname aan de loting voor genoemde periode zijn uitgesloten.

Hiertegen hebben appellanten bij brief van 19 augustus 2011 bezwaar gemaakt bij verweerders. Dit bezwaarschrift is door verweerders ter behandeling als beroepsschrift doorgezonden aan het College bij brief van 24 augustus 2011.

2.3.

Onder verwijzing naar en met overneming van het advies van de commissie voor bezwaarschriften hebben verweerders in het bestreden besluit van 15 juli 2011 als volgt overwogen.

Appellanten zijn bij het primaire besluit van 7 december 2010 geïnformeerd dat vanaf 2012 de ontheffingen voor zondagopenstelling niet meer op volgorde van binnenkomst worden verleend, maar door middel van een loting. Winkels die in het jaar voorafgaand aan de loting voor de nieuwe periode een ontheffing hebben gehad, mogen niet meeloten voor die periode. Appellanten hebben in 2011 een ontheffing gehad als gevolg waarvan zij voor 2012 niet mogen meeloten. De Wet biedt geen selectiecriteria aan de hand waarvan ontheffingen moeten worden verleend. Verweerders zijn derhalve bevoegd om zelf een toewijzingssysteem te ontwikkelen. Dat ontheffingen door middel van een loting worden verdeeld is niet onredelijk. Bij de verlening van ontheffingen kan worden overgestapt naar een andere verdelingssystematiek, mits dit niet tijdens een lopende procedure gebeurt. Gelet op de beleidsvrijheid in het kader van de Wet en het feit dat de wijziging van de verdelingssystematiek voor ontheffingen tijdig is gecommuniceerd, zijn de aanvragen van appellanten terecht afgewezen.

In het verweerschrift hebben verweerders er nog op gewezen dat bij het verstrekken van de ontheffingen voor de periode van 1 oktober 2010 tot 1 oktober 2011 mondeling en door schriftelijke publicatie is aangegeven dat degenen aan wie voor deze periode een ontheffing was verleend zijn uitgesloten voor een ontheffing voor de daarop volgende periode. Dit was volgens verweerders reeds in juli 2010 bekend. Na aanhoudende aanvragen van appellanten is dit vervolgens bij het primaire besluit van 7 december 2010 nog eens schriftelijk aan hen bevestigd.

2.4.

Appellanten hebben in beroep het volgende aangevoerd.

Appellanten zijn van mening dat verweerders hun aanvraag om ontheffing voor de in geding zijnde periode hadden moeten inwilligen onder toepassing van de voorheen door verweerders gehanteerde verdelingsmethode op basis van de volgorde van binnenkomst van aanvragen. Zij voeren daartoe aan dat het nieuwe beleid waarin is voorzien in een lotingprocedure, zoals in de Beleidsregel is neergelegd, door verweerders eerst op 26 juli 2011 is vastgesteld. Er was derhalve noch ten tijde van het indienen van hun aanvraag, noch ten tijde van het nemen van de besluiten van 9 december 2010 en

15. juli 2011 sprake van een door verweerders vastgesteld nieuw beleid. Voorts was het nieuwe beleid op evengenoemde tijdstippen en evenmin ten tijde van het nemen van het wijzigingsbesluit van 9 augustus 2011 op de voorgeschreven wijze bekend gemaakt, zodat dit beleid nog niet in werking was getreden. Verweerders hadden dit beleid daarom bij de bestreden besluiten niet mogen toepassen. Zij hebben onzorgvuldig gehandeld

doordat zij het besluit van 9 augustus 2011 hebben gebaseerd op de Beleidsregel voordat deze was gepubliceerd. Verweerders hebben appellanten ook niet op de hoogte gebracht van de op handen zijnde beleidswijziging en zij hebben niet voorzien in een overgangstermijn ten behoeve van het nieuwe beleid. Daarnaast voldoen verweerders met betrekking tot het besluit van 15 juli 2011 niet aan hun motiveringsplicht omdat niet kan worden staande gehouden dat verweerders tijdig het beleid aan appellanten kenbaar hebben gemaakt.

Verder stellen appellanten dat zij door het nieuwe beleid worden benadeeld omdat zij op grond daarvan zijn uitgesloten van een loting voor het opvolgende jaar, terwijl zij in de oude situatie waarbij ontheffingen werden verleend op volgorde van binnenkomst wel in aanmerking konden komen voor een ontheffing.

Tot slot maken appellanten bezwaar tegen het verdelingssysteem van een loting omdat daarmee niet noodzakelijkerwijs een eerlijkere verdeling van de beschikbare ontheffingen wordt bewerkstelligd.

2.5.

Het College overweegt ambtshalve dat de brief van 7 december 2010 terecht is aangemerkt als een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Awb waartegen bezwaar kon worden gemaakt. Duidelijk is immers dat de in deze brief vervatte mededeling dat appellanten voor de periode van 1 oktober 2011 tot 1 oktober 2012 zijn uitgesloten van deelname aan de loting op basis waarvan de voor die periode beschikbare ontheffingen zullen worden verleend, inhoudt dat appellanten niet in aanmerking komen voor ontheffingen voor die periode. Verweerders hebben daarmee afwijzend beslist op de aanvraag van appellanten om deze ontheffingen aan hen te verlenen.

2.6.

In hun brief aan het College van 24 augustus 2011 hebben verweerders vermeld dat het besluit van 9 augustus 2011 een "wijziging/aanvulling is van het besluit van 7 december 2010". Ter zitting bij het College hebben verweerders bevestigd dat zij hiermee hebben willen aangeven dat het besluit van 9 augustus 2011 naar hun opvatting een wijzigingsbesluit is in de zin van artikel 6:18, eerste lid, Awb.

Het College volgt verweerders in deze opvatting. Het besluit van 9 augustus 2011 wijkt rehtens in die zin af van het besluit van 7 december 2010 dat de in eerstgenoemd besluit neergelegde beslissing om appellanten uit te sluiten van deelname aan de loting en daarmee hun aanvraag voor een ontheffing voor de periode 1 oktober 2011 tot 1 oktober 2012 af te wijzen, is gebaseerd op de toepassing van de eerst op 26 juli 2011 door verweerders vastgestelde Beleidsregel, terwijl het besluit van 7 december 2010 nog gebaseerd was op beleidsplannen waarover nog niet beslist was.

Dit betekent dat het beroep tegen het besluit van 15 juli 2011 ingevolge artikel 6:19, eerste lid, Awb moet worden geacht mede te zijn gericht tegen het besluit van 9 augustus 2011. Er bestond derhalve geen aanleiding voor aparte registratie door het College van het beroep onder nummer AWB 11/693 en het heffen van griffierecht van appellanten in die zaak had achterwege moeten blijven. Het College zal de griffier dan ook opdracht geven om het door appellanten in de zaak AWB 11/693 betaalde griffierecht terug te betalen.

2.7.

In het licht van de stelling van appellanten dat verweerders hun aanvraag hadden moeten toewijzen onder toepassing van de verdelingsmethode ingevolge het volgens hen tot 10 augustus 2011 vigerende beleid van toewijzing op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, acht het College het duidelijk dat zij bij de beoordeling van beide besluiten op hun aanvragen belang kunnen hebben. Het in 2.6 genoemde verschil in grondslag tussen het bij het besluit van 15 juli 2011 gehandhaafde besluit van 7 december 2010 en genoemd wijzigingsbesluit kan immers van invloed zijn op de beoordeling van deze stelling door het College. Het College zal derhalve zowel de rechtmatigheid van het besluit op bezwaar van 15 juli 2011 als van het in aanvulling daarop genomen primaire besluit van 9 augustus 2011 beoordelen.

Het besluit van 15 juli 2011

2.8.

Het College stelt vast dat verweerders op grond van artikel 5 van de Verordening bevoegd zijn tot het verlenen van ontheffingen als hier in geding. Met gebruikmaking van deze bevoegdheid hebben verweerders onder anderen aan appellanten ontheffingen verleend voor de periode van 1 oktober 2010 tot 1 oktober 2011. Verweerders hebben de voor deze periode beschikbare ontheffingen verleend op basis van de volgorde van binnenkomst van de aanvragen, waarbij het uitgangspunt gold 'wie het eerst komt, die het eerst maalt'.

In vorengenoemde gemeentelijke publicatie van 4 augustus 2010 is meegedeeld dat per 2012 de procedure tot het verlenen van ontheffingen in die zin wijzigt dat de ontheffingen dan zullen worden verleend door middel van een loting. Dit betekent naar het oordeel van het College voor de periode 2011/2012 derhalve een fundamentele wijziging van het beleid van verweerders ter zake van het verlenen van ontheffingen als bedoeld in voormeld artikel. Op 26 juli 2011 hebben verweerders de Beleidsregel vastgesteld waarin deze beleidswijziging definitief vorm en inhoud heeft gekregen.

2.9.

Het College overweegt dat het verweerders in beginsel vrij staat om binnen de grenzen van vorengenoemde bevoegdheid beleid ter zake van de uitoefening van deze bevoegdheid te voeren of met betrekking tot deze bevoegdheid beleidsregels in de zin van artikel 4:81 Awb vast te stellen. Voorts staat het verweerders in beginsel vrij om binnen genoemde grenzen bestaand beleid te wijzigen en daartoe beleidsregels in vorengenoemde zin vast te stellen wanneer daarvan voorheen nog geen sprake was. Dit neemt niet weg dat verweerders bij het nemen van een beslissing op een aanvraag om ontheffing als hier in geding niet mogen handelen in strijd met de wet of de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel.

Verweerders stond voor ogen om de ontheffingen vanaf 1 oktober 2011 op basis van loting te verdelen. Introductie van een dergelijk verdeelmechanisme in plaats van het voorheen gehanteerde systeem van toewijzing op basis van volgorde van ontvangst van de aanvraag vergt dat de lotingsprocedure nader wordt uitgewerkt alvorens met dit nieuwe systeem gestart wordt. Nu de verleende ontheffingen tot 1 oktober 2011 golden bestond geen bijzondere haast bij die uitwerking met dien verstande dat vroeg binnenkomende aanvragen voor een ontheffing na die datum niet gehonoreerd konden worden. Op dergelijke aanvragen zou eerst besloten kunnen worden als het nieuwe verdeelmechanisme voor toepassing gereed was. Naar het oordeel van het College hebben verweerders met de aankondiging dat het verdeelmechanisme in die zin zou worden aangepast, een mededeling gedaan, die alleen maar zo kan worden verstaan, dat voorafgaand aan die loting geen honorering van aanvragen voor een ontheffing voor de periode na 1 oktober 2011 meer kon plaatsvinden. Een dergelijke honorering zou immers de introductie van het nieuwe verdeelmechanisme feitelijk onmogelijk maken.

Dat betekent, dat – als een aanvrager ondanks uitleg toch aandringt op besluitvorming binnen korte termijn – verweerders er in redelijkheid voor kunnen kiezen de aanvraag af te wijzen.

Daar komt in dit geval nog bij, dat appellanten noch onder het oude beleid, noch onder het op dat moment nog niet nader uitgewerkte, voorgenomen nieuwe beleid voor de door hen gevraagde ontheffingen voor de periode van 1 oktober 2011 tot en met 30 september 2012 in aanmerking zouden komen. Zowel in het oude als in het voorgenomen nieuwe beleid geldt namelijk de regel dat een winkel, waarvoor gedurende een bepaald jaar een ontheffing heeft gegolden, het daarop volgende jaar niet voor een ontheffing in aanmerking kan komen.

Gelet daarop stelt het College vast, dat bij het besluit van 7 december 2010 de aanvragen van appellanten konden worden afgewezen, zodat hun daartegen gerichte bezwaren terecht bij het besluit van 15 juli 2011 ongegrond zijn verklaard.

Het besluit van 9 augustus 2011

2.10.

Zoals vermeld is de op 26 juli 2011 vastgestelde Beleidsregel op 10 augustus 2011 gepubliceerd in het huis-aan-huis-blad Groot Eindhoven. Niet gebleken is dat eerdere bekendmaking van de Beleidsregel heeft plaatsgevonden. Derhalve staat vast dat de Beleidsregel ten tijde van het nemen van het besluit van 9 augustus 2011 niet op de in artikel 3:42, tweede lid, Awb voorgeschreven wijze was bekendgemaakt. Gelet op artikel 3:40 Awb moet aan appellanten dan ook worden toegegeven dat het besluit waarbij de Beleidsregel is vastgesteld op dat tijdstip nog niet in werking was getreden.

2.11.

Hierin ziet het College echter onvoldoende grond voor de conclusie dat verweerders de aanvraag van appellanten om een ontheffing bij het besluit van 9 augustus 2011 niet hadden mogen afwijzen op de grond dat zij van loting voor de onderhavige periode zijn uitgesloten. De data liggen zo dicht bij elkaar dat naar het oordeel van het College feitelijk van gelijktijdige bekendmaking gesproken kan worden. En nu, zoals gezegd, tevoren reeds bekend was dat het nieuwe beleid de regel zou inhouden, dat degenen die in het voorgaande jaar een ontheffing hadden gehad, niet voor deelname aan de loting in aanmerking zouden komen en appellanten niettemin te kennen hadden gegeven dat zij een aanvraag wilden indienen, ziet het College niet in, welk belang zij bij een vroegere bekendmaking gehad zouden hebben. Derhalve is ook het beroep, voor zover gericht tegen het besluit van 9 augustus 2011, ongegrond.

2.12.

Het College ziet geen aanleiding voor een proceskostenveroordeling

3. De beslissing

Het College

- verklaart het beroep ongegrond;
- draagt de griffier op het door appellante in de zaak AWB 11/693 betaalde griffierecht ten bedrage van € 302 (factuurnummer 5141006931) terug te betalen.

Noot

Auteur: A. Drahmman^[1]

1.

Burgemeester en wethouders van Eindhoven hebben geweigerd aan C1000 een ontheffing op grond van de Winkeltijdenwet te verlenen om op zondag een supermarkt geopend te hebben voor de periode van 1 oktober 2011 tot 1 oktober 2012. De uitspraak van de voorzieningenrechter in het kader van een verzoek om een voorlopige voorziening van C1000 werd al in de AB gepubliceerd (AB 2011/364, m.nt. Drahmman). De kern van deze procedure is de vraag wanneer een bestuursorgaan bekend moet maken wanneer hij van verdeelmechanisme wil veranderen. In de bodemprocedure wordt het antwoord op deze vraag anders gemotiveerd dan de voorzieningenrechter deed. Dat is reden om ook deze uitspraak te publiceren.

De uitspraak heeft meerdere interessante aspecten. In deze noot ga ik uitsluitend in op de bekendmaking van de beleidswijziging. Voor overige aspecten, zoals de toetsing van de keuze voor een specifiek verdeelmechanisme, verwijs ik graag naar de annotatie van Wolswinkel onder nummer AB 2012/147.

Hierna volgt eerst het procesverloop. Daarna wordt ingegaan op het oordeel van het CBb.

2.

In de uitspraak worden een groot aantal data genoemd die chronologisch als volgt kan worden weergegeven:

Datum onbekend	Aan C1000 wordt een ontheffing verleend voor de periode van 1 oktober 2010 tot 1 oktober 2011. De ontheffing is toegekend op basis van volgorde van binnenkomst van de aanvragen.
21 mei 2010	Aanvraag om ontheffing. B&W wordt gevraagd om de komende vijf jaar jaarlijks in aanmerking te worden gebracht voor een ontheffing.
4 augustus 2010	Publicatie in huis-aan-huis-blad met de mededeling dat de procedure zal worden gewijzigd in een lotingsprocedure.
7 december 2010	Primaire besluit: C1000 wordt uitgesloten van de procedure.
15 juli 2011	Beslissing op bezwaar (het bestreden besluit).
26 juli 2011	Beleidsregels over de nieuwe lotingsprocedure worden vastgesteld.
9 augustus 2011	C1000 wordt bij brief op grond van de nieuwe beleidsregels uitgesloten van de procedure. Deze brief wordt door het CBb aangemerkt als een wijzigingsbesluit ex art. 6:18 Awb.
10 augustus 2011	De nieuwe beleidsregels worden bekendgemaakt in het huis-aan-huis-blad.
19 augustus 2011	C1000 stelt beroep in tegen het bestreden besluit. C1000 maakt tevens bezwaar tegen de brief van 9 augustus, welk bezwaar ex art. 7:1a Awb wordt doorgezonden naar het CBb, alwaar het CBb oordeelt dat art. 6:19 Awb van toepassing is op het wijzigingsbesluit.

3.

Het CBb oordeelt ambtshalve dat de brieven van burgemeester en wethouders waarbij C1000 wordt uitgesloten van de procedure moeten worden aangemerkt als appellabel besluit. Dit is inmiddels vaste jurisprudentie. Zo oordeelde het CBb al in een uitspraak van 27 augustus 2003 (AB 2003/435, m.nt. J.H. van der Veen) dat het besluit waarbij een inschrijving buiten beschouwing werd gelaten omdat deze niet voldeed aan de in de offerteaanvraag gestelde eisen, een besluit is in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb, en dat dit besluit de inschrijver los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft. Ook andere beslissingen in het kader van een aanbesteding van een concessie krachtens de Wet personenvervoer 2000 moeten worden aangemerkt als een appellabel besluit als deze beslissingen tot gevolg hebben dat voor de geadresseerde deelneming aan de procedure definitief voorbij is (vgl. Vz. CBb 26 maart 2008, LJN BC7696).

4.

Appellanten betogen in beroep onder meer dat hun aanvraag getoetst had moeten worden aan het oude recht, omdat de Beleidsregel openstelling Winkels op zon- en feestdagen (waarin de nieuwe lotingsprocedure werd uitgewerkt) nog niet in werking waren getreden. De voorzieningenrechter heeft (kort samengevat) geoordeeld dat het burgemeester en wethouders

vrij stond om de besluiten in overeenstemming met de beleidsregels te nemen, ook al was dat beleid op het moment van de weigeringen nog niet vastgelegd in een besluit. Het CBb oordeelt in deze uitspraak (kort samengevat) dat in gevallen waarin een bestuursorgaan voornemens is van verdeelmechanisme de veranderen, het bestuursorgaan ingediende aanvragen mag aanhouden totdat het nieuwe verdeelmechanisme is uitgewerkt, omdat anders de introductie van een nieuw verdeelmechanisme feitelijk onmogelijk zou worden. Als een aanvrager desondanks aandringt op besluitvorming dan mag het bestuursorgaan de aanvraag afwijzen.

5.

Voor het oordeel van het CBb is veel te zeggen. Uitgaande van de 'klassieke hoofdregel' van ex nunc toetsing door het bestuur, kan immers op een aanvraag direct het nieuwe beleid worden toegepast, tenzij dat nieuwe beleid overgangsregels bevat. Voor meer over deze hoofdregel en de uitzonderingen hierop verwijs ik graag naar N. Verheij, 'Tussen toen en nu; Het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep', *JBplus* 2003, p. 26 e.v. en natuurlijk naar de preadviezen van de VAR van dit jaar over overgangsrecht. Het CBb acht in deze uitspraak terecht van belang dat sprake is van een aanvraag tot ontheffingverlening ten behoeve van een toekomstige periode. Indien sprake zou zijn geweest van de weigering van een aanvraag voor een afgesloten tijdvak in het verleden had het bestuursorgaan in bezwaar ex tunc moeten toetsen.

6.

Het CBb acht in de uitspraak verder m.i. terecht van belang dat het bestuursorgaan in een huis-aan-huis-blad heeft aangekondigd dat het verdeelmechanisme zou worden aangepast. Deze mededeling kan volgens het CBb alleen maar zo worden verstaan, dat voorafgaand aan de loting geen honorering van aanvragen voor een ontheffing meer kon plaatsvinden. Dat moet worden toegejuicht: dergelijke aankondigingen dienen de rechtszekerheid van alle potentiële toekomstige aanvragers. Alle exploitanten van supermarkten in Eindhoven konden door de aankondiging in augustus 2010 weten dat er over een jaar zou worden geloot. Daarnaast vergroot de publicatie ook de zorgvuldigheid van de handelswijze van burgemeester en wethouders en de transparantie van de te volgen procedure.

7.

In de motivering van de uitspraak ontbreekt slechts één aspect. Dat is dat de aanvraag van C1000 is ingediend vóór de eerste publicatie in het huis-aan-huis-blad met de mededeling dat de procedure zal worden gewijzigd. Dat roept de vraag op of de aanvrager in casu (C1000) voor augustus 2010 kon weten dat het verdeelmechanisme dat in Eindhoven werd gehanteerd met ingang van 1 oktober 2011 zou worden gewijzigd?

Volgens vaste jurisprudentie dienen, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen aan besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing te worden gesteld (o.a. Vz. CBb 22 april 2011, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel). In deze uitspraak oordeelt het CBb dat het burgemeester en wethouders in beginsel vrij staat om (binnen bepaalde grenzen) bestaand beleid te wijzigen en daartoe beleidsregels vast te stellen wanneer daarvan voorheen nog geen sprake was, mits bij de besluitvorming de algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, in acht worden genomen. Gelet op deze uitgangspunten zou met rede kunnen worden gesteld dat een beleidswijziging dan wel een aankondiging van deze beleidswijziging vóór de aanvraag moet zijn bekendgemaakt om aan de aanvrager te kunnen worden tegengeworpen. De bijzondere aard van een schaarse verdeelprocedure waarbij aanvragers onderling concurreren rechtvaardigt een uitzondering op de hoofdregel van de ex nunc toetsing in primo door niet het moment van de (primaire) besluitvorming, maar het moment van de aanvraag als uitgangspunt te nemen.

8.

In dit geval was tevens sprake van een vroegtijdige aanvraag waarbij C1000 voor de komende vijf jaar ontheffing aanvroeg. Om dergelijke vroegtijdige aanvragen te voorkomen kan een bestuursorgaan van te voren (bijvoorbeeld in een verordening of beleidsregels) bepalen vanaf welke datum aanvragen kunnen worden ingediend. Een dergelijke aankondiging van de aanvraagperiode verdient m.i. de voorkeur boven het aanhouden of afwijzen van een aanvraag omdat het bestuursorgaan nog niet weet welke verdeelprocedure gehanteerd gaat worden (zie hierover eveneens AB 2011/364, m.nt. Drahmman).

9.

Op 15 februari 2012 heeft het CBb een uitspraak gedaan waarin eveneens het verdeelmechanisme werd gewijzigd (*LJN* BV7097, AB 2012/148, met noot C.J. Wolswinkel). In deze uitspraak hadden burgemeester en wethouders van Doetinchem in het besluit waarbij ontheffing werd verleend tot 1 januari 2011 al gewezen op de ontwikkeling van nieuw beleid dat in zou gaan op 1 januari 2011. Het CBb oordeelt in dat geval terecht dat het de supermarkt duidelijk was, althans voor haar duidelijk kon zijn, dat burgemeester en wethouders per 1 januari 2011 geen ontheffingen meer wilden verlenen met toepassing van oude verdelingsmethode. In die procedure was voordat de aanvraag werd ingediend immers al bekend dat

het verdeelmechanisme zou worden gewijzigd. Het is jammer dat uit bovenstaande uitspraak dit niet blijkt.

10.

Overigens is het voorgaande voor de materiële beoordeling van het geschil niet relevant: zowel onder het oude beleid als het nieuwe beleid komt C1000 niet voor een ontheffing in aanmerking. Onder beide regels geldt namelijk dat een winkel waarvoor een ontheffing is verleend, het volgende jaar niet voor een ontheffing in aanmerking kan komen. Dat het CBb niet volstaat met deze materiële beoordeling van het geschil maar de gelegenheid neemt om de praktijk meer duidelijkheid te bieden over de mogelijkheden om van verdeelmechanisme te veranderen, valt toe te juichen.

Voetnoten

[*]

Annemarie Drahmann is promovenda aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en senior Professional Support Lawyer bij Stibbe.